

## **Comentarios al texto sustitutorio de la ley que garantiza la reactivación de obras públicas paralizadas, proyectos de ley 791/2021-CR, 1759/2021-CR y 1762/2021-PE**

Por: Luis Enrique Ames.

El 29 de agosto del 2022, la Comisión de Fiscalización y Contraloría y la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera del Congreso de la República, presentaron el texto sustitutorio de la “*Ley que garantiza la reactivación de obras públicas paralizadas*”. El objetivo del presente texto es establecer un marco legal que garantice la reactivación de las obras públicas paralizadas que forman parte de las inversiones del **Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones**; de ser aprobado el presente texto sustitutorio, nos encontraríamos ante un posible panorama legislativo que regularía tópicos como la Junta de Resolución de Disputas y las medidas cautelares. Ante ello, el presente artículo analizará las principales ventajas, desventajas, o contradicciones que implican estas propuestas.

### **1. Junta de Resolución de Disputas (en adelante JRD)**

Cabe señalar que las Juntas de Resolución de Disputas son una adaptación de los Dispute Boards, la Cámara Internacional de Comercio (ICC) menciona que un Dispute Boards es: un órgano permanente compuesto por uno o tres miembros, creado al inicio o a la firma de un contrato, que será utilizado para prevenir o superar cualquier desacuerdo o conflicto que surja durante la ejecución de obra.

En la normativa Peruana, la JRD es un medio de solución y prevención de controversias que surgen entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución y otras circunstancias más sobre el contrato de obra; teniendo la característica de ser permanente; en este caso, el texto sustitutorio en su artículo N° 10, suscribe lo siguiente:

**10.1. En los contratos nuevos para la ejecución del saldo de obra, las partes pueden acordar incorporar a la cláusula de resolución de controversias del contrato que se someten a una Junta de Resolución de Disputas. En aquellos contratos de saldo de obra cuyos montos sean iguales o superiores a s/. 5 000 000, 000 (cinco millones de soles), esta incorporación es obligatoria.**

De ello se desprende que, ante un nuevo contrato para la ejecución de saldo de obra, se implementará obligatoriamente la Junta de Resolución de Disputas si el monto es igual o superior a 5 millones de soles; por otro lado, en los contratos nuevos para la ejecución de saldo de obra menores a 5 millones de soles se podrá incluir de forma facultativa la cláusula de Junta de Resolución de Disputas - JRD.

Es importante precisar que el proyecto en análisis establece que para incluir la cláusula de Junta de Resolución de Disputas - JRD es requisito que la obra se encuentre paralizada; pudiendo surgir la pregunta: ¿cuándo se puede considerar a una obra pública como paralizada?, en este caso el mismo texto legal nos alcanza la respuesta al mencionar en su artículo N° 2.3, lo siguiente:

*Una obra pública paralizada es aquella que cuenta con un avance físico igual o mayor al 50% y que no reporta operación física por un periodo mayor a seis meses o más a la fecha de registro del inventario.*

Por otro lado, queda excluida la aplicación de la presente ley a obras públicas cuya paralización sea consecuencia de la falta de algún permiso, licencia, entrega definitiva de terreno o limitación presupuestal; así como, cuando sea técnica o jurídicamente inviable continuar con la ejecución contractual de la obra.

De querer reactivarse la obra pública paralizada se seguirá lo establecido en el artículo N° 5.2 y 5.4 del texto el cual menciona que, si el contrato se encuentra vigente, la Entidad puede: 1) Proponerle al contratista la continuidad de la ejecución de la obra o 2) Resolver el contrato, de ser este el caso, la Entidad puede contratar o elaborar un *expediente técnico de saldo de obra*. Posterior a su elaboración, la Entidad podrá: 1) Invitar a los demás postores a que participen del procedimiento de selección o 2) Contratar directamente con un proveedor.

En relación a la Junta de Resolución de Disputas - JRD el numeral 4 del artículo 10 señala lo siguiente:

*10.4 El sometimiento de las partes a una Junta de Resolución de Disputas no paraliza, en ningún caso, la ejecución de la obra.*

En este caso, no entiendo la precisión; ya que la Junta de Resolución de Disputas - JRD es permanente, su constitución va de la mano con el inicio de la ejecución de la obra teniendo como características y potestades: (1) absolver consultas y (2) emitir decisiones vinculantes para las partes; las cuales, buscan mitigar el riesgo de conflicto; por lo que, una razón por la cual una obra podría paralizarse nunca fue y nunca será la constitución de una Junta de Resolución de Disputas - JRD.

## **2. Medidas Cautelares**

La tercera disposición complementaria final, pretende imponer un procedimiento para la admisibilidad y procedibilidad de las medidas cautelares que se presentan respecto de los contratos de ejecución de obra pública, bajo sanción de nulidad:

*“El juez competente es el especializado en lo comercial o en su defecto en lo civil del domicilio principal de la entidad convocante o contratante.”*

Es decir, según señala este primer inciso, se debería presentar la medida cautelar en el Juzgado, que tenga competencia territorial en el domicilio de la entidad convocante o contratante, sin precisar la institución arbitral en el supuesto que se haya señalado en el convenio arbitral del contrato de obra la posibilidad de iniciar un arbitraje si surge alguna controversia; por lo que, en una interpretación literal del citado inciso ese supuesto no se aplicaría a los procesos arbitrales.

Por otro lado:

*La interposición de una medida cautelar requiere la presentación de una contracautela, la que se acredita únicamente con la presentación de una fianza bancaria la cual debe ser incondicional, solidaria, irrevocable y de realización automática en favor de la entidad convocante o contratante... el monto de la contracautela lo establece el juez, el tribunal arbitral o el árbitro único ante quien se solicita la medida cautelar(...) Las empresas que emiten la fianza bancaria deben encontrarse bajo la supervisión directa de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondo de Pensiones (SBS) contar con clasificación de riesgo B o superior y estar autorizadas para emitir garantías; o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría del Banco Central de Reserva del Perú.*

Con lo cual, por una cuestión de hecho y no de derecho (al menos no se precisa una derogación expresa) se estaría modificando el contenido del Decreto de Urgencia Nro. 020-2020; en el cual, existe la posibilidad de ofrecer como contracautela fianzas patrimoniales.

Un comentario adicional se merece esta parte:

*El juez, tribunal arbitral o árbitro único, según corresponda, corre traslado de la solicitud a la contraparte, dentro de 3 días hábiles siguientes de su presentación (...) y otorga 5 días hábiles para que exprese por escrito lo conveniente a su derecho.*

Finalmente, en ese párrafo si se menciona al “Tribunal arbitral” o “Arbitro Único”, (no precisa la institución arbitral, lo cual podría generar confusiones si la intención era detallar el procedimiento y trámite de una medida cautelar), el cual debe correr traslado de la solicitud cautelar a la contraparte dentro del plazo de tres (3) días hábiles, otorgándole cinco (5) días hábiles a su contraparte para que manifieste lo que considere; bajo apercimiento de nulidad.

Por estos motivos es que considero que el texto sustitutivo, tiene muchas precisiones y especificaciones por desarrollar; por lo que, le corresponderá al Presidente de la República plantear dichas observaciones y las que correspondan en pro de salvaguardar el debido proceso evitando que se afecte a las partes integrantes de un contrato de obra, para realmente reactivar las obras publicas y no por el contrario obstaculizar su ejecución.